

COPYRIGHT NOTICE

Juridisch nieuwsbulletin voor leden van het Nederlands Uitgeververbond

Bespreking IVIR-rapport in het nummer oktober 2004 – jaargang 8 – nr. 3

Kanttekeningen bij uitgangspunten IViR-Rapport

3

Het huidige contractenrecht / Bescherming zwakkere partij / Eerder wetgevingsinitiatief / Voorbeelden van buurlanden / Algemene beginselen / Onderschatting rol uitgever / Bezint eer ge begint

IViR-conclusie na ‘onderzoek’ naar praktijk onbehoorlijk

6

Summier en eenzijdig beeld van de praktijk / De letterkundige uitgeverij / Wetenschappelijke en educatieve uitgeverij / Journalistiek / Gebrekkige marktmacht auteursorganisaties / Aanstoot / Conclusie

Vragen bij schets wettelijke regeling

10

Schets van een wettelijke regeling / Beperkte werkingssfeer? / Voordeel van de twijfel voor auteur / Specificatie van elke exploitatiewijze / Vergoeding per exploitatiewijze / Toekomstige exploitatievormen / Recht op vergoeding / De bestsellerregel / Billijke vergoeding voor filmmakers / Rekenschapsplicht van de exploitant / Status licentie bij faillissement / Recht op herroeping van rechtenverlening / Bilaterale standaardcontracten gaan voor / Internationaal privaatrecht / Verruimde bevoegdheid tot handhaving / Geschillenbeslechting / Ontheffing kartelverbod / Regeling in subsidievoorwaarden / Voorlichting / Voorlopige conclusie

Copyright Notice is een nieuwsbulletin van het Nederlands Uitgeversverbond, uitsluitend bestemd voor medewerkers van ledenbedrijven van het Nederlands Uitgeversverbond.

Redactie: mr. M.J. Frequin , mr. E.C.W. Timmermans en
mw. mr. F. Vening
Eindredactie: mw. J.L.J. Dontje
Redactiesecretariaat: mw. M. Groen
Productie: afdeling repro NUV

Nederlands Uitgeversverbond
Postbus 12040
1100 AA Amsterdam Zuidoost
Telefoon: 020 430 91 50
Telefax: 020 430 91 79

© Nederlands Uitgeversverbond, Amsterdam, 2004

Kanttekeningen bij uitgangspunten IViR-rapport

Volgens het IViR-rapport is het ‘laissez faire’ in het Nederlandse auteurscontractenrecht niet van deze tijd, dient de auteur als de structureel zwakkere partij te worden beschermd en kan Nederland niet achterblijven bij onze buurlanden België, Duitsland en Frankrijk. Wettelijke bescherming zou ook een kwestie zijn van culturele opportuniteit. De wettelijke regeling zou de transparantie en de rechtszekerheid moeten bevorderen. Techniekneutrale regelgeving zou toepasbaar moeten zijn op alle media-sectoren. Tot slot zou de wettelijke regeling moeten aansluiten aan de behoeften van de praktijk. Bij deze uitgangspunten en de wijze waarop dit in het rapport is uitgewerkt, zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen.

Het huidige contractenrecht

De huidige Auteurswet kent in feite maar één bepaling over het exploitatiecontract en deze is dat voor een overdracht een schriftelijke overeenkomst nodig is en deze overdracht alleen die bevoegdheden omvat, die in de overeenkomst zijn genoemd of uit de aard of strekking van de overeenkomst noodzakelijk voortvloeit (artikel 2 Aw). Alle juridische commentatoren blijken het erover eens, dat artikel 2 lid 2 Aw in elk geval dwingt tot restrictieve uitleg van een overdracht ten faveure van de auteur, indien en zodra het contract onvoldoende duidelijk is. Analyse van het gewone contractenrecht leidt tot eenzelfde conclusie, aldus mr. K.J. Koelman die enkele jaren geleden in het weten-schappelijke tijdschrift *Informatierecht/AMI* uitvoerig is ingegaan op artikel 2 Aw. Koelman heeft in dit verband gewezen op de regel van contract-uitleg naar redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW). Volgens de Hoge Raad komt het bij de uitleg van contractsbepalingen aan ‘op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze (contract)-bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’. Daarbij speelt ook een rol ‘tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht’.

Artikel 6:258 BW voorziet in de mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen in een (auteurs)contract op verzoek van één der partijen ‘op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.’ Aan een dergelijke wijziging of

ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

Tot slot is altijd ontbinding van een exploitatie-overeenkomst mogelijk, indien een toerekenbare tekortkoming in de nakoming bestaat. De licentie wordt in het algemeen beschouwd als een opzegbare duurovereenkomst, die in beginsel eenzijdig door de auteur is op te zeggen. Over opzegging, duur en beëindiging kunnen partijen in het kader van de licentieverlening afspraken maken.

In de praktijk komen zelden geschillen over het auteurscontract voor de rechter. Volgens de onderzoekers is dat mede te wijten aan rechts-onzekerheid, omdat een normatief kader in de wet ontbreekt en auteurs hun relatie met de exploitant niet in de waagschaal willen stellen. Deze analyse kan niet worden gedeeld. In de eerste plaats komen zelden geschillen voor de rechter, omdat partijen er doorgaans in onderling overleg uitkomen. Beide partijen willen daarbij doorgaans niet hun relatie in de waagschaal stellen. Een veel grotere drempel om naar de rechter te gaan - overigens voor beide partijen - wordt gevormd door de kosten. Mocht het toch zover komen, dan mag de auteur vertrouwen putten uit het feit dat de Nederlandse rechter verre van lijdelijk is en het middel van redelijkheid en billijkheid zal toepassen als naar zijn oordeel de auteur als zwakkere partij in bescherming moet worden genomen. De praktijk toont dat aan.

In het rapport wordt een voor de praktijk zeer belangrijke omstandigheid niet genoemd. Het staat iedere auteur vrij om zijn volgende werk bij een andere uitgever onder te brengen. Uitgevers en redacties doen er dus alles aan om auteurs die belangrijk voor hun uitgaven zijn, te behouden.

Het huidige contractenrecht en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid lijken derhalve auteur en uitgever voldoende instrumenten te geven om eventuele geschillen op te lossen.

Bescherming zwakkere partij

Het rapport schaaft de auteur tot de categorie zwakkeren, waaronder ook consumenten, werknemers en huurders behoren, die wel wettelijke contractbescherming hebben.

Er is echter een fundamenteel verschil tussen de auteur en de genoemde andere groepen. De auteur beschikt over het intellectuele eigendom en in juridisch opzicht is de uitgever voor zijn prestatie- en investeringsbescherming juist volledig afhankelijk van de auteur. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de regels voor consumenten, werknemers en huurders ook plichten voor deze partijen inhouden. Er is geen sprake van eenzijdige bescherming.

Eigenlijk is de uitgever de consument (in geval van overdracht) of de huurder (in geval van een licentie). De filmproducent heeft nog een rechtsvermoeden van overdracht van bepaalde rechten, de fonogrammenproducent en de omroep hebben nog een naburig recht op bepaalde openbaarmakings- en reproductierechten, maar de uitgever is volledig afhankelijk van de rechten die hij van de auteur verkrijgt. De uitgever heeft alleen het auteursrecht als hij de auteur auteursrechtelijk beschermd werk laat vervaardigen in het kader van een arbeidsovereenkomst, maar die auteur geniet net zoals alle andere werknemers contractbescherming via het arbeidsrecht.

De auteur dient in de relatie tot zijn uitgever veeleer te worden gezien als een kleine zelfstandige en net zoals iedere kleine zelfstandige wordt zijn onderhandelingspositie op de vrije markt bepaald en geniet hij de bescherming van het Burgerlijk Wetboek en de Mededingingswet. De vraag kan worden gesteld, waarom voor auteurs daarnaast nog een specifieke contractbescherming nodig is.

De afhankelijke positie van de uitgever leidde in de jaren negentig tot de discussie, of niet ook aan de uitgever een eigen uitgeversrecht toekwam, in de vorm van een naburig recht. Het ministerie van Justitie wilde er niet aan, omdat men dit als een Europees vraagstuk zag. Die discussie komt weer tot leven, als men ten behoeve van de auteur wel een nationaal wetgevingsinitiatief zou overwegen. In België en Denemarken wordt momenteel met de wetgever overlegd over een mogelijk rechtsvermoeden van overdracht ten behoeve van de

uitgevers van dagbladen en tijdschriften, die door de veelheid aan rechten die zij moeten regelen om hun product te kunnen exploiteren zichzelf op één lijn stellen met de filmproducent.

Eerder wetgevingsinitiatief

De bescherming van de auteur heeft mede ten grondslag gelegen aan het voorontwerp voor een wettelijke regeling van de uitgifteovereenkomst, dat door het ministerie van Justitie in 1972 werd openbaargemaakt. Het ontwerp, dat enkel betrekking had op de uitgave van werken, had als Titel 8 deel moeten gaan uitmaken van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Blijkens de toelichting zou de regeling een tweeledig doel dienen: het voorontwerp bevatte enerzijds bepalingen van dwingend recht als waarborg tegen bestaande of gevreesde misstanden (dat wil zeggen: ter bescherming van auteurs) en anderzijds enkele artikelen van regelen recht tot wegneming van onzekerheid (lees: van de uitgevers). Het ontwerp was gebaseerd op de gebruikelijke bepalingen in contracten tussen uitgevers en auteurs van literair werk. Het bleek echter onzinnig om deze bepalingen ook van toepassing te verklaren op andere uitgifteovereenkomsten. De relatie met een wetenschapper, een auteur van een schoolboek of een journalist is nu eenmaal verschillend. Dit verschil leidt tot andere afspraken over de totstandkoming en exploitatie van het werk en over de invloed van de uitgever daarop. Een nadere inventarisatie van de praktijk leidde dan ook bij de minister van Justitie tot de conclusie, dat de praktijk gedifferentieerd is en er geen aanleiding was om dit wetgevingsinitiatief voort te zetten. Het voorontwerp verdween van de onderste la naar de prullenbak.

Het is opmerkelijk dat nu toch weer wordt voorgesteld om de beginselen van het modelcontract voor de uitgave van literair werk toe te passen op alle soorten uitgifteovereenkomsten.

Voorbeelden van buurlanden

Duitsland heeft al sinds het begin van de 20^e eeuw een wettelijke regeling auteurscontractenrecht. In Frankrijk gelden sinds 1957 algemene bepalingen die op alle auteursovereenkomsten van toepassing zijn, samen met specifieke bepalingen over uitgave- en opvoeringscontracten. Sinds 1994 kent ook België een wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht met algemene regels voor alle auteursrechtelijke exploitatieovereenkomsten en een aantal specifieke regels voor uitgave- en opvoeringscontract, en ook voor audiovisueel adaptatie- en productiecontract. België heeft

zich daarbij, zoals gebruikelijk in haar auteursrechtwetgeving, laten inspireren door Frankrijk.

De analyse van de wettelijke situatie in die landen zegt echter nog niets over de positie van de auteur en zijn relatie tot de exploitant in de praktijk, en zegt ook nog niets over de rol van het algemene contractenrecht en de rol van de rechter daarbij. Bovendien als er al een lange traditie van een wettelijke regeling is, zoals in Frankrijk en Duitsland, wordt de praktijk daarvoor natuurlijk ook gevormd. Kortom, een inventarisatie van wat er in de Auteurswet staat, is niet toereikend.

Engeland en Amerika hebben een veel grotere invloed op de Nederlandse markt dan eerder genoemde buurlanden. Het ware interessant geweest deze landen bij de analyse te betrekken. Zo valt bijvoorbeeld in het Amerikaanse recht op, dat de opdrachtgever een sterkere bescherming toekomt in het zogenaamde 'work made for hire' concept. In het IViR-rapport wordt het onderscheid tussen het aanbieden van een werk voor publicatie, enerzijds en het vervaardigen van een werk in het kader van het uitvoeren van een opdracht anderzijds, zelfs helemaal niet gemaakt.

Algemene beginselen

In het IViR-rapport wordt geconcludeerd, dat een wettelijke regeling algemeen geldend zou moeten zijn voor alle sectoren en voor zowel auteurs als uitvoerend kunstenaars. Als leidraad daarvoor neemt men, zoals gezegd, het modelcontract voor literair werk. Daar heeft de auteur doorgaans op eigen initiatief een werk vervaardigd en is de auteur mederisicodrager in het partnerschap met de uitgever. Hij ontvangt pas inkomsten op basis van de exploitatieresultaten. Hoe anders is de situatie waarin een uitgever het initiatief tot publicatie neemt, een opdracht verleent aan de auteur om het werk te vervaardigen en de auteur een honorarium ontvangt voor zijn dienstverlening, vaak ongeacht het exploitatieresultaat. Ook de praktische verschillen, tussen de situatie waarin de uitgever voor een boekuitgave te maken heeft met één auteur of waarin hij voor een dag- of weekblad dagelijks te maken heeft met tientallen auteurs per editie, zijn groot als het gaat om rechtenbeheer.

Er zijn ook grote verschillen in exploitatiemogelijkheden. In geval van de nevenrechten bij een boekuitgave gaat het in bijna alle gevallen om een nieuwe uitgave van het werk in een De toegevoegde waarde voor hergebruik van die informatie ligt besloten in de verzameling en in de ontsluiting daarvan door de uitgever. De

eigen exploitatiemogelijkheden voor een journalist zijn zeer beperkt tot nihil.

Door alle relaties tussen auteur en uitgever te bezien vanuit de relatie tussen een auteur van een literair boek en zijn uitgever, wordt onvoldoende rekenschap gegeven van bovengenoemde verschillen. Volgens de onderzoekers dient het belangrijkste uitgangspunt te zijn, dat een wettelijke regeling moet aansluiten bij de behoeften van de praktijk. Dat kan echter alleen als rekening wordt gehouden met de bestaande gedifferentieerde praktijk.

Onderschatting rol uitgever

Het is niet nieuw, maar ook nu moet weer worden vastgesteld dat er sprake is van een beperkte waardering voor de rol van de uitgever. Auteurs moeten worden geprikkeld om creaties te leveren. Natuurlijk, maar ook uitgevers moeten die prikkel behouden en niet geremd worden in hun exploitatiemogelijkheden. De techniek schrijdt voort en maakt steeds meer mogelijk. Uitgevers moeten daar flexibel op in kunnen blijven spelen. Hoeveel initiatieven en producten zijn er niet op de plank blijven liggen omdat sprake is van een grote hoeveelheid rechten van een groot aantal betrokken auteurs, waardoor de kosten om dat alsnog te gaan regelen niet opwegen tegen de mogelijke opbrengst van het nieuwe initiatief, als deze er al zou komen. Deze problematiek wordt alleen maar groter door de ontwikkelingen in databasepublishing.

Kortom, als naar het auteurscontractenrecht wordt gekeken, zal ook gekeken moeten worden naar de beschermingsbehoefte van de uitgever. Een eenzijdige benadering is niet zinvol, zeker niet in het belang van het behoud van een kwalitatief goede en brede informatie-voorziening.

Bezint eer ge begint

De overheid doet er verstandig aan zich niet met het auteurscontractenrecht in Nederland te gaan bemoeien zolang daartoe geen noodzaak aanwezig is. Een dergelijk wetgevingsproces, dat gepaard zal gaan met een heftige lobby van voor- en tegenstanders, zal leiden tot escalatie en verharding in de doorgaans goede verhoudingen tussen auteurs- en uitgevers-organisaties. De goede samenwerking in collectief beheers-organisaties zal als gevolg van strategische stellingname onder druk komen te staan. Het parlement zal zich gaan mengen in contractuele verhoudingen waar het weinig weet van heeft en het politieke krachtenspel kan dan tot door niemand gewenste resultaten leiden. Kortom bezint eer ge begint, zal het NUV aan het ministerie van Justitie willen meegeven.

IViR-conclusie na ‘onderzoek’ naar praktijk onbehoorlijk

De onderzoekers hadden de opdracht om de behoefte aan specifieke wettelijke maatregelen in Nederland te inventariseren. De verwachting was dan ook gerechtvaardigd dat in de studie de contractuele praktijk in Nederland onder de loep zou worden genomen. Interessant voor de uitgeverijbranche die er immers prat op gaat dat de Nederlandse uitgeverijen fatsoenlijk met hun auteurs omgaan, zoals tot op heden eigenlijk ook altijd door alle betrokken organisaties en het ministerie van Justitie is bevestigd. Het was dan ook een schok om de onderzoekers te zien concluderen dat met name ook in de uitgeverijbranche sprake is van ‘onrechtvaardige contractspraktijken op aanmerkelijke schaal’. Wat is de basis van deze zware aantijging?

Summier en eenzijdig beeld van de praktijk

Het eerste wat opvalt in het rapport, waarin de behoefte in de praktijk aan wettelijke maatregelen voor ‘het exploitatiecontract’ zou worden geïnventariseerd, is dat aan dit onderwerp maar summier aandacht wordt besteed. Van de 125 pagina’s in het rapport zijn slechts twaalf pagina’s gewijd aan de contracten in de praktijk, waarvan zes pagina’s voldoende werden geacht om de praktijk in de uitgeverijsector door te lichten. Het desbetreffende hoofdstuk is gebaseerd op ‘vraaggesprekken met deskundigen uit de praktijk en in het veld gehanteerde standaardcontracten’. De lijst van deskundigen vertoont twee gerespecteerde mensen met een uitgeverijverleden, waarbij navraag leert dat die twee zich in elk geval niet herkennen in de conclusies van de onderzoekers. Verder is een groot aantal vertegenwoordigers van auteursorganisaties gehoord, maar het valt op dat niet één vertegenwoordiger is gehoord van het Nederlands Uitgeversverbond of van één van de vijf Groepsverenigingen of van een uitgeverij van wie een contract in het rapport wordt besproken. Vermoedelijk zijn de onderzoekers ervan uitgegaan, dat ‘de uitgevers’ toch tegen wettelijke maatregelen zijn en men daarom vooral het oor te luister moest leggen bij de ‘structureel zwakkere’ partij. Wat heeft dit ‘rondje langs de velden’ dan opgeleverd?

De letterkundige uitgeverij

De beschrijving van de praktijk in het literaire uitgeverijbedrijf, beheerst door de twee modelcontracten voor oorspronkelijk Nederlandstalig en vertaald literair werk, leidt niet tot kritische kanttekeningen en blijkt ook als inspiratiebron

te hebben gediend voor de latere ‘contourschetsen’ van een wettelijke regeling. Aan de overige – en overigens qua markt veel grotere – sectoren van het algemene boek wordt in het rapport geen aandacht besteed, behalve de opmerking dat het modelcontract verder nauwelijks toepassing vindt. Dat is een onjuiste conclusie. Het klopt dat de bindende werking van de door de Vereniging van Letterkundigen (VvL) met de Literaire Uitgevers Groep (LUG) beperkt blijft tot leden van de LUG, maar de meeste auteurscontracten in de algemene boekensector zijn grotendeels gebaseerd op het modelcontract, zeker wat de onderzochte kenmerken betreft.

Wetenschappelijke en educatieve uitgeverij

In de anderhalve pagina die over deze over één kam geschoren sector gaat, maken de onderzoekers het wel heel bont. In feite gaat het hier over vier markten: de internationale wetenschappelijke tijdschriftensector, de Nederlandse markt voor wetenschappelijke auteurs, de Nederlandse markt voor professionele informatie en de educatieve uitgeverijen, waarbij voor het gemak maar even wordt vergeten dat ook de praktijk met betrekking tot hoger, voortgezet en basisonderwijs verschillend kan zijn. De onderzoekers beperken zich grotendeels tot de markt die zij uit hun eigen praktijk kennen, namelijk die van de wetenschappelijke auteurs. Aan de uitgevers voor vakinformatie wordt geen aandacht besteed en aan de educatieve sector worden welgeteld drie insinuerende zinnen gewijd.

Als ‘gebruikelijk’ wordt genoemd, dat via een formulier van de wetenschappelijke auteurs een allesomvattende overdracht wordt geëist. Uit de

voetnoot blijkt men hier te doelen op de internationale tijdschriften van Elsevier, die daarmee al hun duizenden auteurs die over de hele wereld zijn verspreid contractueel bindt en waarvan maar een klein deel uit Nederland komt. De onderzoekers vergeten daarbij te vermelden dat diezelfde wetenschappers nog een groot aantal gebruiksrechten behouden, behalve het recht om de door de uitgever gepubliceerde versie opnieuw te publiceren zonder voorafgaande toestemming. U kunt het nagaan op <www.elsevier.com>.

Bij het merendeel van de Nederlandse tijdschriften voor vak en wetenschap zijn er nog niet of nauwelijks schriftelijke regelingen geconcretiseerd en is de relatie grotendeels gebaseerd op het vertrouwen in en de samenwerking met de redactie van deze tijdschriften. Verder wordt ten onrechte gewezen op de hoge mate aan concentratie bij de uitgevers. In elk segment van de markt is er wel een grote uitgever actief met aansprekende titels, maar sprake van een veroordeling daartoe is er niet. In hetzelfde segment zijn bijna altijd ook middelgrote en kleinere uitgeverijen actief.

Ook de Nederlandse educatieve uitgeverij wordt bestempeld als sterk geconcentreerd. Er zijn in Nederland altijd nog 29 educatieve uitgeverijen lid van de GEU. Het is zeker waar dat er nog maar een vijftal grotere zijn, die door fusies tot stand zijn gekomen vanwege de enorme investeringen die nodig zijn voor de ontwikkeling van onderwijsmateriaal, maar die vijf voeren een scherpe concurrentiestrijd. Het is waar dat de contracten zich in deze sector kenmerken door overdracht van rechten en het afstand doen van het morele recht op het aanbrenge van wijzigingen in het werk, maar dat is ook broodnodig om de continuïteit van de educatieve uitgaven te waarborgen, mede in het belang van het gehele auteursteam dat vaak jarenlang aan dergelijke uitgaven werkt.

Journalistiek

Onder journalistiek worden de sectoren dagbladbedrijf en publiekstijdschriften begrepen. Vooropgesteld wordt ook hier, want dat blijkt immers een belangrijke drijfveer om tot wettelijke maatregelen te komen, dat er sprake is van een sterke concentratietendens. Daarbij wordt bedoeld op de drie grote dagbladconcerns en Sanoma als grote publiekstijdschriftuitgever (daarnaast telt de Groep Publiekstijdschriften van het NUV overigens altijd nog 18 andere uitgevers van publiekstijdschriften). De gezamenlijke leden van de Groep Publiekstijdschriften geven meer

dan 135 publiekstijdschriften uit. Wat de onderzoekers helemaal niet noemen is een belangrijk kenmerk van deze sector, namelijk de grote zelfstandigheid van de redacties. In deze sectoren is het namelijk de redactie die de afspraken met de journalisten maakt. De gesuggereerde regie die een uitgever daarover heeft, is voor de meeste uitgeefmanagers een droombeeld.

De dagbladuitgevers die ook op internet aanwezig willen zijn en afspraken willen maken voor het professionele hergebruik dat van hun bladen wordt gemaakt (denk aan de digitale levering van de krant, inclusief doorzoekbaar archief, knipseldiensten en knipselkranten) zullen dat moeten regelen. Vroeger was een eenmalig publicatierecht voldoende, daarvoor was ook een mondelinge afspraak voldoende. Om de branche daarbij te helpen heeft de Nederlandse Dagbladpers (NDP) een voorbeeldcontract ontwikkeld, naar voorbeeld van de met de NVJ getroffen regeling voor journalisten in dienstverband. Een gezamenlijk modelcontract met de NVJ bestaat tot op heden niet, hetgeen overigens niets te maken heeft met de redelijkheid van de contractuele voorwaarden (daarover bestond volledige overeenstemming), maar alles met het verschil in inzicht over de hoogte van het honorarium. De dagbladuitgevers zijn vervolgens hun eigen contract gaan maken op basis van de NDP-voorbeeldovereenkomst. Het NUV staat in voor de redelijkheid van dit model, dat elke toets der kritiek kan doorstaan.

Als 'kop van Jut' van de sector publiekstijdschriften worden de standaardvoorwaarden van uitgeverij Sanoma genomen. Het rapport daarover: 'De voorwaarden voorzien in een exclusieve licentie voor de duur van vijf jaar terzake van het gebruik en hergebruik van het geleverde materiaal in gedrukte vorm en in digitale media. Na afloop van deze termijn wordt de licentie automatisch omgezet in een eeuwigdurende niet-exclusieve licentie. De voorwaarden hebben niet enkel betrekking op het daadwerkelijk gepubliceerde materiaal, doch ook op al het (niet gebruikte) restmateriaal; dat wil in de praktijk zeggen: niet gepubliceerde, doch wel geleverde foto's. Voor hergebruik binnen concernverband ontvangen de auteurs een forfaitair bedrag, terwijl zij voor extern hergebruik een kwart van de publicatie-inkomsten ontvangen.' Volgens de onderzoekers 'verbaast het niet' dat van de zijde van de freelance journalisten ernstige bezwaren zijn gerezen.

Zoals gezegd is Sanoma niet in de gelegenheid gesteld op deze voorwaarden een toelichting te

geven. Het gaat hier om freelance journalisten die in opdracht van de redactie, vaak volgens strikte richtlijnen, werkzaam zijn, waarbij aan het eindresultaat meer mensen werken, zowel eigen redactieleden die in dienst zijn als andere freelancers. De freelance journalisten lopen daarbij geen enkel financieel risico en ontvangen doorgaans een volledige onkostenvergoeding naast het honorarium. Ondanks deze omstandigheden is er geen sprake van overdracht, maar van een tijdelijke exclusieve licentie. Dat de uitgever de inhoud van zijn tijdschrift als archief beschikbaar wil houden, vraagt om een (niet-exclusieve) licentie voor de duur van het auteursrecht. Het is daarbij niet zo, dat redacties niet meer mogen werken met journalisten die met deze voorwaarden niet akkoord gaan. Maar als de redactie het toekomstige hergebruik van de desbetreffende gewenste bijdrage belangrijk vindt, zal zij niet met een freelance journalist werken die haar dat gewenste recht niet wil verlenen. Wil de redactie toch met de betrokken journalist werken, dan zal zij of genoeg moeten nemen met een eenmalig publicatierecht of anderszuidende afspraken moeten maken. Dat is vrije marktwerking en daar is op zich niets onredelijks aan. Als een uitgever zich wil inspannen om rechten van een bijdrage aan derden te verkopen, dan is het niet ongebruikelijk dat de uitgever daarvan een aandeel claimt, te meer als eigen medewerkers ten dele mederechthebbenden zijn.

Het is het goed recht van journalistenorganisaties om deze voorwaarden onredelijk te vinden, van wetenschappelijke onderzoekers mag meer nuance worden verwacht.

Gebrekkige marktmacht auteursorganisaties

De onderzoekers suggereren dat enkel in sectoren waar de auteurs over relatief veel marktmacht beschikken, belangenorganisaties van auteurs erin geslaagd zijn op de inhoud van de standaardcontracten wezenlijke invloed uit te oefenen, met als voorbeeld de modelcontracten voor literair werk. Het is echter niet de marktmacht van de belangenvereniging die de doorslag geeft (ook de VvL vertegenwoordigt maar een beperkt deel van de literaire auteurs), maar het gaat erom of de auteursvereniging bij de achterban voldoende draagvlak heeft om afspraken te maken die het inkomen van de achterban beïnvloeden. Dat draagvlak moet zich dan uiten in een zekere mate van onderlinge solidariteit. Binnen de achterban van de VvL is die solidariteit tot op heden aanwezig. De topauteurs in het genre literaire boek hebben het

beginsel van interne subsidiëring aanvaard, dat wil zeggen dat alle auteurs – zowel topauteurs als debutanten – in beginsel hetzelfde royaltypercentage ontvangen. Natuurlijk is er ruimte voor afwijkende afspraken, maar de normen voor de honorering gelden voor 80% van de markt. Nu komt dat mede door het feit dat de honorering is gebaseerd op royalty, waardoor een auteur van een goed verkopend boek toch een hogere vergoeding ontvangt dan de auteur van het boek dat maar matig is verkocht. Die onderlinge solidariteit is tot op heden afwezig bij bijvoorbeeld de journalistenorganisaties NVJ en FLA, met als gevolg dat de inzet vanuit deze organisaties wordt bepaald op een niveau waarmee de topjournalisten kunnen instemmen. Dat is dus onhaalbaar en dat komt omdat het systeem van honorering een forfaitaire vergoeding per bijdrage is. Het systeem van forfaitaire vergoedingen willen de journalisten overigens zelf. Zij willen gehonoreerd worden voor hun bijdrage, onafhankelijk van de exploitatieresultaten van de krant of het tijdschrift. Het ligt dus niet aan de marktmacht, want de marktmacht van de NVJ is feitelijk groter dan die van de VvL.

De doorgaans hoog opgeleide auteurs van wetenschappelijke en professionele informatie kunnen hun eigen boontjes wel doppen. Het gaat hun echter doorgaans helemaal niet om honorering of andere contractuele voorwaarden, maar om een goede publicatie met een zo groot mogelijk bereik. De discussie over de contractuele voorwaarden wordt in deze sector gevoerd door de werkgevers van een bepaalde groep auteurs, namelijk de universiteiten die meer gebruik willen maken van het werk van hun medewerkers zonder daarvoor aan de uitgevers te hoeven betalen. De discussie over het auteurscontract met de wetenschappelijke uitgever wordt gevoerd door de universiteiten en hun bibliothecarissen met een heel ander doel, namelijk het ter discussie stellen van het businessmodel van wetenschappelijke uitgevers. Ook de auteurs van educatieve boeken hebben tot op heden geen behoefte gehad zich te verenigen. In de educatieve sector is een grote groep professionals actief, die doorgaans in teamverband werkt en onderhandelt en in toenemende mate in ondernemingsverband actief is.

Het klopt dus wel dat de organisatiegraad van auteurs in Nederland niet groot is, maar zou dat niet ook kunnen komen omdat de auteurs daarvan de noodzaak niet inzien en men over het algemeen tevreden is over hun

onderhandelingspositie en hun relatie met de uitgevers?

Aanstoot

Op grond van dit onderzoek naar de praktijk concluderen de onderzoekers, dat op aanmerkelijke schaal sprake is van 'onrechtvaardige contractspraktijken'. Door de opkomst van digitale media zouden de exploitanten gespitst zijn op het verwerven van een ruim pakket aan rechten via standaardovereenkomsten en door de machtsconcentratie in de wetenschappelijke (tijdschrift)uitgeverij, de dagbladpers en de sector publiekstijdschriften zou dit regelmatig uitmonden in een 'take-it-or-leave-it positie'.

De onderzoekers kennen de kwalificatie 'onrechtvaardig' veel te makkelijk toe, zonder oog te hebben voor de positie van de uitgever en de redenen voor de in de praktijk gegroeide voorwaarden. Door de opkomst van digitale media heeft de uitgever een ruimer pakket aan rechten nodig, omdat de markt van de uitgever verwacht dat de uitgever ook voorziet in de digitale informatievoorziening. Uitgevers werkten altijd al met een eigen huiscontract om het rechtenbeheer in eigen huis te stroomlijnen, dus dat is helemaal niets nieuws. In de wereld van de periodieke uitgaven is het fenomeen schriftelijke overeenkomst wel nieuw, maar dat heeft twee duidelijke redenen: de eerdergenoemde noodzakelijkheid om een ruimer pakket aan rechten dan het eenmalig publicatierecht te verwerven en – in de praktijk veel belangrijker – om te kunnen aantonen dat de freelancer niet in dienstverband werkzaam is. De belangrijkste drijfveer voor uitgevers - met name voor grote ondernemingen als Sanoma, Kluwer en Reed Business Information – om schriftelijk de onderlinge rechtsverhouding vast te leggen, was de per 1 januari 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid. In deze wet is het rechtsvermoeden opgenomen dat diegene die drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand voor de uitgever werkt, geacht wordt in dienst te zijn, behoudens tegenbewijs. Om deze reden zijn met name grotere uitgeverijen, die heel veel met freelancers werken die vaak voor meerdere redacties binnen dezelfde onderneming werkzaam zijn, begonnen met standaardisering van schriftelijke contracten. Dit aspect is door de onderzoekers niet gesignaleerd.

In elke sector van de uitgeverijbranche zijn heel grote, middelgrote en kleine uitgevers actief en in bijna alle sectoren zijn er meerdere grote uitgeverijen die met elkaar concurreren. De historie toont dat de uitgeverijbranche een golfbeweging laat zien van sterk geconcentreerd naar kleinere zelfstandige ondernemingen. In kapitaalintensieve sectoren zoals dagbladen zijn heel kleine uitgeverijen haast niet mogelijk, maar zijn er in ons taalgebied toch nog relatief veel zelfstandige ondernemingen, waarbij tevens het redactiestatuut de onafhankelijkheid van de redacties waarborgt. Uitgeverijen met sterke titels en merken zijn aantrekkelijker voor auteurs en hebben een sterkere onderhandelingspositie dan uitgeverijen die dat minder hebben, net zoals auteurs met een sterk fonds en goede naam aantrekkelijker zijn voor uitgevers en een sterkere onderhandelingspositie hebben dan auteurs die dat minder hebben. Dat is marktwerking en dat kan niet via het auteursrecht worden beïnvloed, als dat al gewenst zou zijn. Mogelijk dat dit gewenst is, als inderdaad sprake zou zijn van onrechtvaardige contractspraktijken op aanmerkelijke schaal. Deze conclusie van de onderzoekers berust echter niet op feiten. Het NUV staat er nog steeds voor in, dat de Nederlandse uitgeverijen fatsoenlijk met hun auteurs omgaan en neemt dan ook aanstoot aan dit onderdeel van het rapport.

Conclusie

De 'analyse' van enkele in de praktijk voorkomende contracten is oppervlakkig, de contracten zelf worden niet getoond en de bespreking ervan is eenzijdig, hetgeen te maken zal hebben met het ontbreken van wederhoor. Het op basis van dit onderzoek vaststellen dat in de uitgeverijbranche sprake is van onrechtvaardige contractspraktijken op aanmerkelijke schaal acht het NUV onbehoorlijk en het gerenommeerde Instituut voor Informatierecht onwaardig. Het NUV verwerpt helemaal niet bij voorbaat elke gedachte aan een wettelijke regeling voor het exploitatiecontract als dit onderwerp op een objectieve en evenwichtige wijze wordt behandeld en daarbij ook naar de positie en wensen van de uitgeverijbranche wordt gekeken. Het NUV verwerpt wel het gehouden onderzoek naar en daarop gebaseerde conclusie over de praktijk, dat helaas niet veel meer is dan een verzameling meningen namens auteursorganisaties.

Vragen bij schets wettelijke regeling

Ook zonder dat de noodzaak van een wettelijke regeling is aangetoond, is het wel interessant en nuttig om te studeren op de mogelijkheid en wenselijkheid van een wettelijke regeling. Naast de vraag of een wettelijke regeling uitsluitend de belangen en rechten van auteurs zou moeten betreffen, roepen de aanbevelingen van het IViR-rapport de nodige andere vragen op.

Schets van een wettelijke regeling

Op basis van een bespreking van het positieve auteurscontractenrecht in Nederland, een beperkt onderzoek naar contracten met auteurs en artiesten in de praktijk en het auteurscontractenrecht in Duitsland, Frankrijk en België, en in het licht van enkele algemene uitgangspunten komen de onderzoekers aan het einde van hun rapport tot enkele aanbevelingen voor een wettelijke regeling. De aanbevelingen hebben een schetsmatig karakter en worden verder niet in tekstvoorstellen uitgewerkt. Het ontbreken van die uitwerking is voor het goed voeren van de discussie wel een handicap, omdat vooral bij de uitwerking in concrete voorstellen de problemen met het toepassen van algemene beginselen op een gevarieerde praktijk komen bovendien. Hieronder zal bij elk van de aanbevelingen worden stilgestaan.

Beperkte werkingssfeer?

Volgens de onderzoekers dient een wettelijk auteurscontractenrecht alleen te gelden in de verhouding tussen auteur en exploitant, zoals dat in omliggende landen ook het geval is. Een wettelijke regeling zou niet zonder meer moeten gelden voor de door auteurs met collectieve rechtenorganisaties afgesloten exploitatiecontracten, omdat door de bijzondere aard van deze rechtsverhouding volgens de onderzoekers wellicht minder behoefte aan bescherming bestaat. De reden waarom exploitatiecontracten tussen auteurs en collectieve beheersorganisaties buiten een wettelijke regeling zouden moeten vallen, wordt niet nader toegelicht.

Een collectieve beheersorganisatie kan echter ook worden aangemerkt als een rechten-exploitant. Zouden algemene bepalingen voor het auteurscontract niet ook moeten gelden ten aanzien van de relatie van de auteur met de collectieve beheersorganisaties? Is het niet zo dat de doelstelling van een collectieve beheersorganisatie en van een exploitant, een en dezelfde is, namelijk een sterk exploitatierecht verwerven?

Verder kan men zich afvragen of de werkingssfeer daadwerkelijk beperkt genoemd kan worden, als de wettelijke regeling betrekking heeft op het auteurscontract tussen exploitant en auteur in het algemeen, zonder dat deze begrippen nader worden gespecificeerd. Er zijn immers vele verschillende soorten auteurs en vele verschillende soorten exploitanten. Indien voor deze diverse groep met zeer uiteenlopende praktijken een algemeen geldend auteurscontractenrecht wordt gemaakt, zal men al snel uitkomen op bepalingen met een zeer algemene strekking en kunnen er vraagtekens worden gezet bij de meerwaarde daarvan ten opzichte van het reeds bestaande algemene contractenrecht.

Voordeel van de twijfel voor auteur

Volgens de onderzoekers zou in gevallen van twijfel de rechtenverlening (overdracht of licentie) ten gunste van de auteur moeten worden uitgelegd ('in dubio pro autore'). Een dergelijke interpretatieregel zou in de Nederlandse wet moeten worden opgenomen, omdat dat ook in omliggende landen het geval is. Het beginsel blijkt volgens de onderzoekers reeds in de rechtspraak, gebaseerd op artikel 2 Auteurswet en/of de redelijkheid en billijkheid van het BW, terug te vinden. Men kan zich afvragen, waarom een dergelijke regel ook in de wet zou moeten worden opgenomen. Kan het oordeel over wat redelijk en billijk is niet beter aan de rechter worden overgelaten? Zeker gezien het feit dat een auteur lang niet altijd de zwakkere partij is en zich niet altijd even redelijk opstelt. In die gevallen moet de rechter de vrijheid hebben ook anderszins te beslissen.

Specificatie van elke exploitatiewijze

Naast bovengenoemde interpretatieregel bestaat volgens de onderzoekers ook behoefte aan een wettelijke regel omtrent de reikwijdte van de rechtenverlening (gedoeld wordt op zowel overdracht als exclusieve licentie), die kan bijdragen aan rechtszekerheid en transparantie. Daarom stellen zij een wettelijke specificatieplicht voor,

zoals ook in de Franse en Belgische wet is vastgelegd. Doordat in een contract duidelijk wordt aangegeven om welke exploitatiewijzen het gaat, kan worden voorkomen dat een te ruime of te krappe rechtenverlening plaatsvindt, die partijen niet voor ogen hadden. Volgens de onderzoekers zullen partijen ook minder snel naar de rechter stappen als het contract transparant en helder is. De vraag is, of dit laatste inderdaad het geval zal zijn. Is het geen illusie te veronderstellen dat een specificatieplicht een contract altijd helder en transparant maakt? Het omschrijven van mogelijke vormen van gebruik is nog geen garantie voor het uitblijven van een geschil, of een bepaalde gebruiksvorm nu wel of niet onder de in het contract genoemde definitie van gebruik kan worden gebracht. Gegeven het feit dat bij een verschil van inzicht over de reikwijdte van de rechtenverlening het voordeel van de twijfel aan de auteur wordt verleend, is nog de vraag gerechtvaardigd of de auteur met een specificatieplicht wel beter af is. Zal dit er niet toe gaan leiden dat alle exploitanten alle denkbare vormen van gebruik gaan vermelden, om maar te voorkomen dat straks een vorm van gebruik niet onder het verleende recht blijkt te vallen. De auteur zou met de huidige praktijk wel eens beter af kunnen zijn.

Vergoeding per exploitatiewijze

De onderzoekers menen dat naast de verplichting tot het vermelden van elke exploitatiewijze, ook de verplichting moet gelden om bij elke exploitatiewijze een vergoeding te vermelden. Op die manier kunnen auteurs meedelen in de inkomsten die met elke exploitatiewijze worden gegenereerd. De opkomst van de éénmalige afkoop van rechten is volgens de onderzoekers schadelijk voor de auteur en wordt door het invoeren van een specificatieplicht een halt toegevoerd. Als een bepaald recht niet is gespecificeerd, dan maakt dat ook geen onderdeel uit van de rechtenverlening.

In een honoreringsafspraken die is gebaseerd op de exploitatieresultaten en waarbij de auteur derhalve mede risicodragend is, is het redelijk en gebruikelijk om met de auteur per exploitatiewijze een aandeel in de eventuele exploitatieresultaten af te spreken. Dit is bijvoorbeeld de praktijk bij de meeste boekenuitgevers. Maar hoe moet dit als de auteur een forfaitaire vergoeding ontvangt, die geen enkele relatie heeft met de exploitatieresultaten, maar die gebaseerd is op de tijd, inspanningen en kwaliteit van de bijdrage? Dit is bijvoorbeeld de

praktijk voor journalistieke bijdragen in kranten en tijdschriften en bij vele andere, relatief kleine bijdragen aan een veel groter geheel. Die auteurs krijgen boter bij de vis. Het is wat de administratie betreft vrijwel niet uitvoerbaar om van alle journalisten die eens een bijdrage hebben geleverd de gegevens bij te houden, voor het geval dat wellicht in de toekomst weer eens gebruik van hun werk zal worden gemaakt en een vergoeding moet worden betaald. Vele malen praktischer is het, om in die gevallen de auteur een éénmalige afkopsom te betalen.

In afspraken met deze auteurs moet vooraf worden bepaald, welke vormen van gebruik tot het door de uitgever verkregen recht behoren en dat wordt in de regel direct afgerekend. Wanneer vooraf bij elke mogelijke exploitatiewijze een vergoeding moet worden bepaald, komen partijen in problemen als nog niet kan worden overzien welke exploitatievormen daadwerkelijk ooit worden gebruikt, laat staan of met elke exploitatiewijze geld kan worden verdiend en welke vergoedingsaanspraak daaraan zou moeten worden gerelateerd. Wanneer een auteur een vergoeding ontvangt die uitsluitend is gebaseerd op de kwantiteit en kwaliteit van zijn werk, ongeacht het exploitatieresultaat, dan vallen veel vormen van gebruik onder de reeds betaalde vergoeding. Niet goed valt in te zien, waarom die vormen van gebruik niet verdisconteerd zouden mogen zijn in de vergoeding. Ook valt niet goed in te zien, waarom een aanspraak op vergoeding die is opgebouwd uit een groot aantal kleine vergoedingen om praktische redenen niet kan worden samengevoegd tot één vergoeding. Het per exploitatiewijze aangeven van de afzonderlijke vergoeding is lang niet altijd uitvoerbaar.

In de NUV/VvL-modelcontracten voor literair werk wordt een opsomming gegeven van de verschillende exploitatiewijzen. Het is echter niet altijd mogelijk om van tevoren al zo gedetailleerd alle exploitatievormen te noemen. Wetenschappelijke uitgeefprojecten, kranten en tijdschriften zijn wat de mogelijkheid tot specificeren betreft niet te vergelijken met bijvoorbeeld literaire boekenuitgaven. De verschillende exploitatiewijzen kunnen in het modelcontract voor de uitgave van een literair werk zo duidelijk worden benoemd, omdat het daar gaat om andere vormen van gebruik dan het primaire gebruik. De nieuwe exploitatiewijze betreft vaak een nieuwe uitgave voor een nieuwe markt.

Bij het uitgeven van wetenschappelijke of journalistieke bijdragen is eerder sprake van

substitutie. Hetzelfde (wetenschappelijke) artikel wordt bijvoorbeeld in meerdere vormen op dezelfde markt gebracht. Het ligt niet voor de hand om in geval van substitutie een aanvullende vergoeding te betalen.

De voorwaarde van specificeren strookt ook niet met de praktijk, waarin ook nog veel mondelinge afspraken worden gemaakt. Specificeren is lang niet altijd nodig respectievelijk mogelijk: hoe gedetailleerd gespecificeerd kan worden, hangt derhalve af van de aard van de relatie tussen uitgever en auteur en van de grondslag van de honorering.

Het komt ook voor, dat een auteur geen honorering ontvangt over de verkoop van zijn werk of dat hij voor de publicatie van zijn werk zelfs een eigen financiële bijdrage levert.

Toekomstige exploitatievormen

Omdat in de praktijk een grote behoefte bestaat aan verlening van rechten met betrekking tot toekomstige exploitatievormen en auteurs daar geen grote bezwaren tegen hebben zolang ze maar een vergoeding krijgen, pleiten de onderzoekers voor vastlegging in de wet van een recht op billijke vergoeding voor toekomstige exploitatievormen. Hiermee wordt een bezwaar tegen een specificatieplicht ondervangen. Bovendien is een dergelijke 'wettelijk optie' voor uitgevers best een interessante gedachte. Gelet op het voorgaande is het wel de vraag, of elke toekomstige exploitatiewijze ook tot een aanvullende vergoeding zou moeten leiden. Daarvoor zou eerst gekeken moeten worden naar de aard van het gebruik in relatie tot de voor het overeengekomen gebruik betaalde vergoeding. Als het gaat om een databank waaraan vele honderden, wellicht duizenden auteurs ooit eens een bijdrage aan hebben geleverd, is het traceren en uitbetalen van de vergoeding in de praktijk het grootste probleem. Dat zou weer opgelost kunnen worden door de mogelijkheid in te bouwen, dat in deze gevallen ook betaald kan worden aan een collectieve auteursorganisatie. Het is echter de vraag, of de onderzoekers deze consequenties zouden willen doortrekken en of alle auteurs hier iets voor voelen.

Een wettelijke specificatieplicht en een wettelijke regel van restrictieve contractsuitleg maken artikel 2 Aw volgens de onderzoekers overbodig. Dit artikel kan volgens hen worden afgeschaft of zou moeten worden omgezet in een specificeringsregel. Artikel 2 lid 2 Aw bepaalt dat een overdracht van auteursrecht schriftelijk (door middel van een akte) moet plaatsvinden en alleen die bevoegdheden omvat,

die in de akte zijn vermeld of die uit de aard of strekking van de overeenkomst noodzakelijk voortvloeien. Zonder een praktische oplossing voor het probleem van de toekomstige rechten werkt een specificatieplicht niet. Dan is het redelijker om het vraagstuk van de omvang van de rechtenverlening en de doeloverdrachtsleer aan de rechter over te laten.

Recht op vergoeding

De onderzoekers concluderen dat de invoering van een wettelijk recht op vergoeding voorlopig een brug te ver is en een (te) vergaande ingreep zou betekenen in de contractsvrijheid. Duitsland kent weliswaar sinds 2002 een wettelijk recht op een billijke vergoeding, maar daar is nog onvoldoende praktische ervaring mee opgedaan, zodat nog niet is gebleken dat een dergelijk recht de positie van auteurs daadwerkelijk versterkt. Dit is de enige aanbeveling waarbij de onderzoekers het standpunt innemen dat eerst naar de praktijk van de bestudeerde landen moet worden gekeken, voordat gezegd kan worden dat een bepaalde wettelijke regeling ook in de Nederlandse wet moet worden overgenomen.

Belangrijke vraag blijft wat een billijke vergoeding is, wie bepaalt dat? Volgens de onderzoekers hoeft wat in de praktijk gebruikelijk is, niet persé billijk te zijn. Dat geeft gelijk al het grote probleem van dit vraagstuk aan. Als een billijke vergoeding hoger zou moeten zijn dan wat het werk blijkbaar in de markt waard is, wordt dan niet het marktevenwicht verstoord? Bedacht moet verder worden dat bij de bepaling van een vergoeding ook rekening gehouden dient te worden met de haalbaarheid van een exploitatie. In een klein taalgebied als Nederland kunnen maar heel weinig auteurs en kunstenaars leven van hun werk. Als iedere auteur zou ontvangen wat hij verdient, kunnen veel uitgaven wegens te hoge kosten niet meer op de markt worden gebracht. Als een auteursgroep als kleine zelfstandigen moet worden beschermd, is dat een rol van de subsidiegevende overheid. Zo zijn veel vertalers van literair werk mede afhankelijk van financiële steun van het Fonds van de Letteren. Het bepalen van de hoogte van een vergoeding moet dan ook aan de markt worden overgelaten.

De bestsellerregel

De auteurswetten van Duitsland, Frankrijk en België kennen alledrie een zogenaamde 'bestsellerregel' die betrekking heeft op situaties waarin er een wanverhouding bestaat tussen de prestatie van de auteur en die van de exploitant, waardoor herziening van het contract gerecht-

vaardigd is. De onderzoekers stellen voor om een dergelijke regel ook in de Nederlandse wet op te nemen, ter aanvulling van de imprévision-regel (onvoorziene omstandigheden, zie artikel 6:258 BW). Deze regel zou zowel moeten gelden voor de situatie dat een forfaitaire vergoeding is afgesproken, als dat een royalty-regeling is overeengekomen.

Ook hier is het de vraag of het huidige recht niet al voldoende houvast biedt en wat de toegevoegde waarde is van het opnemen van een disproportionaliteitsregel. Leidt een dergelijk beginsel op basis waarvan achteraf kan worden ingegrepen, niet juist tot rechts-onzekerheid? Tot wanneer kan een contract worden herzien?

Het toepassen van de bestsellerregel in het geval dat er royalty's zijn afgesproken, lijkt niet logisch; immers in dat geval profiteert een auteur toch reeds van het verkoopsucces. Logischer lijkt het om een dergelijke bepaling van toepassing te laten zijn wanneer een forfaitaire vergoeding is overeengekomen, hoewel in dat geval beide partijen de kans op een flop of een succes eigenlijk al hebben afgekocht. Een éézijdige correctie daarop zou het bestaande evenwicht tussen auteur en uitgever verstoren. De vraag kan ook worden gesteld, of bij invoering van een recht tot herziening van het contract bij onvoorziene omstandigheden, dit recht niet ook voor een uitgever zou moeten gelden, bijvoorbeeld als een boek een flop is gebleken. Uitgevers kunnen in een breed aanbod investeren bij de gratie van enkele successen. De successen zijn in feite verantwoordelijk voor de interne subsidie van de met verlies uitgegeven titels. Wanneer door een bestsellerregel het succes zou kunnen worden afgeroomd, komt het systeem van interne subsidie onder druk en dat is weer niet goed voor de benodigde investeringen in risicovolle uitgaven.

Billijke vergoeding voor filmmakers

De praktische betekenis van het voor filmproducenten geldende rechtsvermoeden van overdracht in artikel 45d Aw is volgens de onderzoekers gering gebleken, omdat de rechtenverlening dikwijls en detail schriftelijk wordt vastgelegd. Volgens artikel 45d Aw, dat zijn grondslag vindt in de Berner Conventie en daarom niet zomaar kan worden geschrapt, worden de makers van een filmwerk geacht hun desbetreffende rechten te hebben overgedragen aan de producent, tenzij met deze schriftelijk anders is overeengekomen. De producent is aan de makers een billijke vergoeding verschuldigd

voor elke vorm van exploitatie van het filmwerk. Ook voor nieuwe exploitatievormen die bij het totstandkomen van de film nog niet bestonden of redelijkerwijs niet voorzienbaar waren, hebben de makers recht op een billijke vergoeding. Deze vergoedingen moeten schriftelijk worden overeengekomen. Volgens de onderzoekers moet het recht op een billijke vergoeding genoemd in dit artikel worden verduidelijkt, in de zin dat komt vast te staan dat voor elke exploitatievorm een afzonderlijke vergoeding is vereist en dat deze niet in één keer kan worden afgekocht. Ongetwijfeld zullen voor een filmproducent hiertegen dezelfde bezwaren bestaan als voor een uitgever. Omdat echter vanuit het NUV onvoldoende zicht bestaat op de huidige filmpraktijk, wordt hier verder niet bij stilgestaan.

Rekenschapsplicht van de exploitant

Minstens één keer per jaar zou, naar voorbeeld van de Belgische Auteurswet, de auteur van de exploitant een overzicht van de gemaakte bruto-omzet of nettowinst moeten kunnen krijgen, aldus de onderzoekers. Op deze wijze zou het recht op een vergoeding en een aanspraak op basis van het disproportionaliteitsbeginsel kunnen worden verwezenlijkt.

Het is niet goed voor te stellen dat indien een royaltyregeling is getroffen, partijen geen afspraken zouden hebben gemaakt over een rekenschapsplicht, want de exploitatieresultaten zijn immers bepalend voor de afdracht van de vergoeding. Wanneer er geen inkomsten van enige betekenis meer met het werk worden behaald, ontvangt de auteur op een gegeven moment ook geen royaltyoverzichten meer.

Indien een forfaitaire vergoeding is afgesproken, kan er geen sprake zijn van een rekenschapsplicht, omdat in dat geval de vergoeding geen (directe) relatie heeft met de omzet. Ook in België geldt deze rekenschapsplicht uitsluitend bij proportionele vergoedingen.

Status licentie bij faillissement

Naar huidig recht bestaat volgens de onderzoekers onduidelijkheid over de status van de licentie in geval van faillissement. In de contractuele praktijk wordt een recht op beëindiging van een exclusieve licentie in faillissement of surcéance van betaling vaak erkend. Volgens de onderzoekers zou een wettelijke regeling dit beëindigingsrecht ook dienen te erkennen. De vraag is, of de onderzoekers dit recht zowel van toepassing achten op faillissement als op surcéance; hiertussen

bestaat namelijk een belangrijk verschil. In het geval van een *surcéance* heeft een auteur niet zonder meer het recht tot beëindiging van de licentie in verband met de mogelijke doorstart van een bedrijf. Indien er sprake is van een voorgenomen voortzetting van het bedrijf, kan de beëindiging als onredelijk worden beschouwd. In de NUV/VvL-modelcontracten wordt dan ook duidelijk onderscheid gemaakt tussen beëindiging in geval van faillissement en in geval van *surcéance*. Ook is niet duidelijk, hoe het recht op beëindiging in geval van faillissement zich verhoudt tot het recht op ontbinding in geval van wanprestatie. Een gefailleerde kan immers niet meer presteren. De noodzaak van een dergelijke bepaling is nog niet aangetoond.

Recht op herroeping van rechtenverlening

De onderzoekers achten het niet noodzakelijk om een exploitatieplicht in de Nederlandse wet op te nemen, maar pleiten wel voor een wettelijk recht op herroeping van de rechtenverlening in geval van niet-uitoefening (*non-usus*) door de exploitant van de verleende rechten. Vastgelegd moet worden dat het recht op herroeping ontstaat, indien en zodra de exploitant binnen een 'redelijke' termijn na de contractafsluiting c.q. laatste exploitatie van het werk of de prestatie niet (langer) in voldoende mate exploiteert. In sommige gevallen zou dit voorstel tot grote onredelijkheid kunnen leiden voor de uitgever, die een eigen aandeel heeft in de uitgave van het werk. Het kan redelijk en verklaarbaar zijn om een werk tijdelijk niet actief te exploiteren. De auteur kan, als hij meent dat er ten onrechte niet geëxploiteerd wordt, altijd wanprestatie van de uitgever invoeren. Het niet exploiteren kan ook liggen aan een omstandigheid die aan de auteur is toe te rekenen. Ook dient rekening te worden gehouden met aan de auteur reeds betaalde vergoedingen. Hoe gaat het dan met een werk waaraan meer dan één auteur heeft meegewerkt, wie beslist dan over herroeping? Voor de wetenschap en voor archiefgebruik is het van belang dat een werk raadpleegbaar blijft. Kan een uitgever dat nog blijven garanderen als een recht op herroeping ontstaat?

Bilaterale standaardcontracten gaan voor

De onderzoekers stellen voor om een dwingend auteurscontractenrecht niet te laten gelden voor standaardcontracten of -regelingen die door representatieve organisaties van betrokken partijen in goed overleg tot stand zijn gebracht. Deze aanbeveling roept de vraag op, of in

standaardcontracten kan worden afgeweken van de wettelijke regels en zo ja, waarom iemand dit zou willen doen, ervan uitgaande dat de wet algemene, redelijke bepalingen bevat. Op het eerste gezicht lijkt deze aanbeveling dan ook een loze bepaling. Verder is onduidelijk wanneer er precies sprake is van een standaardcontract en een representatieve organisatie. Er kunnen immers meerdere belangenorganisaties voor eenzelfde groep auteurs zijn; wanneer kunnen die als representatief worden aangemerkt?

Internationaal privaatrecht

Volgens de onderzoekers zou net als in Duitsland een bijzondere regel van conflictenrecht in het Nederlandse recht kunnen worden opgenomen. Een dergelijke bepaling voorkomt dat regels van dwingend auteurscontractenrecht worden ontgaan door buitenlands recht van toepassing te verklaren. De vraag is ook hier, of daadwerkelijk behoefte bestaat aan een dergelijke regel. Een Nederlandse uitgever zal in zijn contracten met Nederlandse auteurs in elk geval standaard Nederlands recht van toepassing verklaren. Hij zal daar (in uitzonderingsgevallen) alleen van afwijken als de auteur in het buitenland is gevestigd (vaak op verzoek van de auteur) of - in geval van een internationaal exploiterende uitgever - als de auteurs in de hele wereld zijn gevestigd en vanuit het oogpunt van contractbeheer voor één wettelijk regime wordt gekozen. De ruimte voor die uitzonderingsgevallen blijft nodig, dus het van toepassing verklaren van buitenlands recht zou niet mogen worden uitgesloten.

Verruimde bevoegdheid tot handhaving

De onderzoekers stellen voor om de bestaande artikelen in de Auteurswet (artikelen 27a en 28) over de handhavingsbevoegdheden van de exploitant zodanig te verruimen, dat sneller en slagvaardiger kan worden opgetreden tegen inbreuk. Dit is uiteindelijk zowel in het voordeel van de auteur als van de exploitant. Deze aanbeveling kan op zich als positief worden beschouwd. Zij voegt echter niet veel toe aan de bestaande praktijk; vaak wordt in het contract al geregeld dat een uitgever namens de auteur kan optreden. Er is eerder behoefte aan een eigen aanspraak van de uitgever op zijn uitgave.

Geschillenbeslechting

Uit de gevoerde gesprekken met deskundigen uit de branche zou zijn gebleken, dat behoefte bestaat aan een instrumentarium dat het tot

stand komen van bilateraal ondersteunde standaardregelingen of collectieve afspraken faciliteert. Rechter hebben namelijk vaak niet het normatieve en praktische referentiekader om in een concreet geval de hoogte van een billijke vergoeding vast te stellen. De onderzoekers spreken geen oordeel uit over de wenselijkheid van invoering van een auteursrechtelijke geschillenbeslechtingsinstrument (een soort 'Copyright Tribunal' zoals Engeland dat kent). Zij menen echter dat een dergelijk instrument de effectiviteit van de voorgestelde wettelijke maatregelen ten goede zou kunnen komen. Opgemerkt moet worden dat terughoudendheid gepast is, omdat immers achteraf wordt ingegrepen in bestaande contracten. Een dergelijke auteursrechtelijke 'geschillencommissie' zou alleen kunnen werken, als deze bestaat uit vertegenwoordigers van zowel auteurs als exploitanten. Verder zou het voorleggen van een geschil gebaseerd moeten zijn op vrijwilligheid.

Ontheffing kartelverbod

De onderzoekers onderstrepen dat in beginsel het collectieve onderhandelingsproces de voorkeur verdient boven wettelijk ingrijpen. Een mogelijke complicatie is echter, dat collectieve regelingen tussen auteurs en exploitanten als mededingingsbepurende afspraken in de zin van artikel 6 van de Mededingingswet zijn te beschouwen. Daarom geven de onderzoekers in overweging om naar voorbeeld van de Duitse wet voor het maken van collectieve afspraken over modelcontracten of minimumtarieven een generieke ontheffing te verlenen. Een dergelijke ontheffing lijkt zowel ten gunste te zijn van auteurs als uitgevers, al kan de vraag worden gesteld in hoeverre de nationale wetgever de ruimte heeft om een dergelijke ontheffing op te nemen. Ook is het de vraag of een ontheffing echt nodig is, omdat de NMa pas zal ingrijpen indien er sprake is van misbruik van machtspositie.

Voor wat betreft de huidige afspraken over tarieven voor auteurs zijn er geen problemen te zien, omdat deze deel uitmaken van modelcontracten (en dus geen standaardcontracten), alleen een normatief kader bieden voor wat een auteur ten minste zou moeten ontvangen en partijen vrij zijn om ervan af te wijken en anders overeen te komen.

Regeling in subsidievoorwaarden

Subsidievoorwaarden van door de overheid gefinancierde culturele instellingen zouden steeds bepalingen dienen te bevatten waardoor exploitanten gestimuleerd worden met auteurs rechtvaardige contracten af te sluiten. Hier lijkt op zich niets op tegen te zijn, al hangt dat natuurlijk af van de nadere bepalingen die in de subsidievoorwaarden worden gesteld. De overheid dient in principe op afstand te blijven, en zich inhoudelijk niet te bemoeien met afspraken tussen partijen die niets van doen hebben met de aanspraak op subsidie.

Voorlichting

De onderzoekers hechten tot slot belang aan het geven van goede onafhankelijke voorlichting over het auteurscontractenrecht aan zowel auteurs als exploitanten. De vraag is in hoeverre dit nog gestimuleerd moet worden, omdat er al een groot aantal modelcontracten in de praktijk zijn te raadplegen via de verschillende brancheverenigingen, belangenorganisaties en soms ook advocatenkantoren. Iedere auteur kan tegenwoordig voor zijn soort werk een model- of voorbeeldcontract raadplegen. De Stichting Auteursrechtmanifestaties (STAM) die de site <www.auteursrecht.nl> onderhoudt, zou wellicht als 'portal' kunnen dienen door al deze vindplaatsen op internet in kaart te brengen, maar je mag aannemen dat iedere auteur de weg naar zijn belangenvereniging wel weet te vinden.

Voorlopige conclusie

Los van de noodzaak, effectiviteit en eenzijdigheid van de aanbevelingen roepen zij, zoals gezien, nog heel veel vragen op. Het is een goede zaak het auteurscontractenrecht weer eens tegen het licht te houden; de aanbevelingen uit het IViR-rapport bieden daar een prima aanzet voor en bieden voldoende voer voor discussie. Vooralsnog overtuigen de aanbevelingen niet. Uiteindelijk zal het toch gaan om de vergoeding en in de vrije markt waarin vergoeding tot stand komt, zou de wetgever niet mogen ingrijpen, tenzij er sprake is van aantoonbare misstanden.

De Vereniging voor Auteursrecht wijdt op 22 oktober 2004 een studiemiddag aan dit rapport.